Manual de Historia del Derecho

Daniela Villarroel C.[*]

Ricardo A Loyola[*]
Academia Chilena de Estudios y Publicaciones de Chile

Capítulo I : Bases Generales para la Historia del Derecho

Introducción

Para comenzar nuestro estudio debemos partir de la base de que naturalmente el ser humano es un ser social, necesita del otro para subsistir y de ello hay una serie de testimonios a lo largo de la evolución humana que lo justifican con evidencia casi irrefutable. No podríamos haber conocido de las grandes civilizaciones sin la existencia de una sociedad, los grandes adelantos o incluso estar vivos ahora sin la necesaria conjunción de un grupo humano, desde el más pequeño, la familia, el cual es idóneo para crear una serie de vínculos, lazos y afectos, que en suma forman una historia y nos mantienen hoy como seres pensantes en un área del saber e interesados también en las bases y evolución de ese saber.

Por lo mismo, el ser humano, al ser sociable realiza una serie de acciones que le traen consigo una vinculación con los demás, necesita expresarse, por lo que para ello necesitará de la palabra, de los gestos, de una pintura, de un tallado, etc., al comunicarse con el otro entablará una vinculación, quizás por ejemplo quiera pedir la mano de la persona a quien le tiene afecto y con esta formar una familia, generará con ello a partir de una simple relación social un contrato que con el tiempo se sacralizará y evolucionará al matrimonio, pasando por los otros tipos de contratos, esponsales, noviazgo en algunos casos etc. Así como de la sola relación afectiva puede nacer el interés o la voluntad de generar un vínculo jurídico, naciendo una relación que le interesa al Derecho, también de un afecto puede nacer una rima, una poesía, una pintura, una obra de arte, una sinfonía y como tal dará origen a los elementos que estudio la literatura, la gramática, la música, etc. Finalmente, ese ser humano social, vivirá toda una vida, pasará etapas, contemplará con sus sentidos hechos que lo marcarán y le contará a sus descendientes, algunos los escribirán y otros simplemente los hablarán, el ser humano en su evolución, en sus relaciones crea y mantiene lo que desde hace siglos hemos llamado, Historia.

Entonces, en la Historia del Derecho, debemos tener siempre presente que estudiaremos un fenómeno social, un fenómeno que está pasando frente a nuestros ojos y que muchas veces no nos damos cuenta de cómo se produce y las consecuencias que genera. El haber abordado

---

[*] Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad Adolfo Ibáñez. Mag. © en Derecho Público, Universidad Adolfo Ibáñez.
[*] Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Valparaíso. Director de la Escuela de Historia de la Academia Chilena de Estudios y Publicaciones. Numerario del Instituto O'Higginiano de Chile.

el bus o el tren para llegar a nuestro destino, haber pagado el pasaje, es ya un hecho jurídico hemos realizado sin quererlo un contrato de transporte regido actualmente en el artículo 166 del Código de Comercio y al pagar el valor del boleto de transporte, hemos perfeccionado un modo de extinguir las obligaciones regulado en el Código Civil como es el pago. Si a todo esto sumamos que ha quedado marcado en nuestra vida el paso que hemos dado de abordar el medio de locomoción y ser conducidos a otro punto, hemos escrito sin querer y sin realizarlo físicamente una parte de nuestra historia, de nuestra vivencia personal, que quizás pueda tener más o menos importancia que la de otras personas o las similares nuestras.

Estudiamos un fenómeno social, el Derecho y su Historia, en suma, como las realidades jurídicas se han ido dando a través de la evolución humana.

Sabemos que, desde hace mucho tiempo a esta parte, las cátedras tradicionales de la Historia del Derecho en Chile, se han esforzado en dar uno u otro enfoque no abordando completamente el fenómeno histórico que implica el Derecho. Muchas veces se opta por hablar de la Historia del Derecho Público o la del Privado, conforme se haga mención a las relaciones del Estado con el individuo o las de las propias personas en su aspecto particular. Sin embargo, personalmente, esta lógica de optar por una u otra alternativa impide entregar una visión totalizante del Derecho y lisa y llanamente, echamos por la borda la mitad de lo que es la Historia de un Derecho. Nosotros usaremos una lógica distinta, basada en analizar lineal y cronológicamente como se fue gestando el Derecho desde nuestros primeros pueblos hasta lo más cercano a la realidad, pasando revista de forma somera y sintética, dado el escaso tiempo que disponemos, de las distintas fases y facetas del Derecho.

Quizás más de alguno se defraudará, pues no observaremos el paso triunfante de un Derecho, sino que veremos a este como lo es, una creación humana y por lo mismo perfectible, así también su historia. Esto mismo debe moverlos a criticar todo y sentar sus propias teorías, o sea ser críticos y no idolatras; necesitamos teorías jurídicas descolonizadoras y emancipadoras, primero de un conocimiento encerrado en una corriente decimonónica que se niega a cuestionar los mitos y las ficciones sobre las cuales se basa, segundo necesitamos que estos discursos se comprometan con la diversidad de las concepciones de lo jurídico y con los sectores más desprotegidos de nuestra sociedad .

Elementos fundamentales de la Historia del Derecho.

Conceptos claves.

Lo que primero debemos tener claro es acerca de que hablaremos, si bien ya divagamos lo suficiente en el preámbulo anterior, nos queda centrarnos en la pregunta que de inmediato debe venirse a la mente de un curioso investigador: ¿Qué es la Historia del Derecho?.

El curioso lector verá que es evidente que nuestra cátedra se nutre de dos palabras "Historia" y "Derecho", por lo mismo vale mejor antes de definirla como tal, conceptualizar cada uno de sus dos elementos.

Historia. Siguiendo los pasos de la obra de la profesora Beatriz Bernal Gómez , citando a Cicerón en sus pláticas a sus discípulos, “la historia es la maestra de la vida”, ya que en efecto, el ser humano, para satisfacer sus necesidades sociales y su ansia de progreso ha creado, a través de los siglos, un acervo cultural por el cual nosotros hemos recibido una “experiencia histórica” que debemos aprovechar, pues de no hacerlo tendríamos que iniciar inútilmente los intentos y esfuerzos por los que tantas generaciones pasadas han transcurrido. ¿Y esto por qué?, porque la historia nos enseña a reincidir en el camino correcto seguido por nuestros antecesores, así como a no repetir los errores en que éstos han incurrido, abriéndonos así un camino más seguro y fácil de recorrer en el futuro.

De forma concluyente la autora citando a Henri Marrou y su obra “El conocimiento histórico y Teología de la Historia”, señala un concepto como el que sigue: “La historia es el conocimiento del pasado humano”. Este concepto es al que nos apegamos también nosotros, puesto que encierra el que han dado otros autores como Heródoto (Historia es indagar, buscar, preguntar, reflexionar sobre el pasado, para dar una explicación objetiva de los sucesos, es un recuento riguroso de los hechos) o Hegel (La historia es evolutiva y representa el progreso del espíritu).

Finalmente, y buscando un concepto que escapa de los tradicionales, Fray Juan de San Buenaventura en la censura al libro “Historia General de el Reino de Chile, Flandes Indiano” del Padre Diego de Rosales escrito en 1674 señala: “Pues la historia se escribe para representar los sucesos pasados y ser norma en quien se expresen los futuros. Este precepto de Agustino y Gregorio sigue con viveza el autor de esta “Historia” repartida en capítulos, no sólo para quitar la confusión sino para hacer advertidos a los venideros a imitar las virtudes de los héroes pasados y evitar los casos de infortunios que procedieron”. El censurador en esta obra, simplemente define la historia bajo el viejo aforismo que se nos repite casi continuamente en estos días, “sin historia no hay futuro y un pueblo sin historia esta condenado a repetir sus errores”.

Derecho. El otro concepto integrante de nuestra materia a tratar es el Derecho y como tal diremos que se define como el “orden que se expresa normativamente con el fin de regir a la sociedad y tiene como principal función permitir la vida organizada de un conglomerado humano que conduzca al progreso colectivo. O, dicho en otras palabras, el derecho es una ordenación de la vida social, ya que todo cuanto existe requiere un orden y así también la vida del hombre en sociedad”. Una apreciación similar nos deja el profesor Agustín Squella en sus clases al definirlo como un “constructo social y cultural formado preferentemente por normas” y así también el profesor peruano Jorge Basadre Ayulo nos dirá que se trata de un “sistema o conjunto de reglas obligatorias que regulan la conducta exterior de la persona estableciendo facultades, deberes, sanciones, que aseguran el orden social, sustentada en las aspiraciones de interés general”

Conforme a lo anterior, podemos ya comenzar a definir lo que entenderemos por "Historia del Derecho" y en este caso diremos que se trata del estudio del pasado, evolución y desarrollo de los distintos órdenes normativos que han regido a nuestra sociedad.

Para la profesora Bernal nuevamente, la Historia del Derecho debe definirse "en función de su objeto. ¿Cuál es ese objeto? Pues bien, el objeto de la historia del derecho consiste en estudiar el origen y las transformaciones de este último a través del tiempo. Por consiguiente, la Historia del Derecho es la disciplina que estudia el desarrollo del derecho dentro de una coordenada temporal previamente fijada" . De este concepto surge entonces las limitaciones que se dan en nuestra cátedra, especialmente en lo que tiene que ver con el espacio (nacional, continental o universal) y temporal (periodificación), prefiriéndose en los manuales aterrizarla en una historia nacional y de índole pública o privada y en cierto tiempo histórico. Por nuestra parte, abordaremos la Historia del Derecho desde un punto de vista espacial universal, sin perjuicio de ser ambiciosa nuestra propuesta, pero siguiendo la lógica de Hans Fehr en cuanto a que: "*A la historia del Derecho no sólo le corresponde conocer lo que se halla expresado en leyes, libros de Derecho, fueros territoriales y locales, sentencias y decisiones de toda clase. Debe llegar hasta el pueblo. Debe explicar las convicciones jurídicas del pueblo. Debe ver si el derecho legislado correspondió al sentir jurídico colectivo, si fue aplicado en realidad, seguido verdaderamente… La historia del Derecho necesita hacer ver claramente lo que pensaron e hicieron los caballeros, las gentes de las ciudades, los campesinos, los libres, los siervos y los esclavos, los cristianos y los judíos, los que vivían en el mundo y los que seguían el estado eclesiástico, los juristas y los ignaros del Derecho, etc.; cómo vivió y cómo laboró el derecho entre ellos*".

El Derecho como un fenómeno social.

Conforme a las definiciones antes expuestas el Derecho parece estar inmerso dentro de la sociedad, dentro del diario convivir de la humanidad, acompañando a esta hasta en sus más íntimas relaciones. Si queremos ampliar las definiciones antes señaladas, podemos aventurarnos a las reflexiones de los autores Leonel Pereznieto y Castro y Abel Ledesma Mondragón, quienes señalan que el "Derecho es el conjunto de normas que imponen deberes y normas que confieren facultades, que establecen las bases de convivencia social y cuyo fin es dotar a todos los miembros de la sociedad de los mínimos de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia". De esta forma nos queda claro que este orden normativo regula el comportamiento social y como tal, también se nutre de este.

Ejemplos claros de esta relación del Derecho y su nacimiento como parte integrante de la sociedad lo tenemos en las regulaciones civiles de temas de familia e instituciones tan básicas como el matrimonio o su antecesor a este, la promesa de esponsales. Las personas se relacionan unas a otras, muchas veces generando vínculos afectivos que los llevan a manifestar deseos de estar juntos por toda la vida, primero las personas unidas por este sentimiento planean estar unidos por siempre, o sea que celebran una promesa de esponsales para luego concretarla en el contrato del matrimonio, el cual pese a ser un contrato solemne está cargado de simbolismo y sentimientos propios de una relación afectiva.

Otros ejemplos se extraen respecto a las obligaciones para con los hijos, los deberes de ayuda mutua entre los cónyuges e incluso en temas de sucesión. Dichos ejemplos si son analizados en conjunto y con altura de miras, reflejan que de los sentimientos, como en estos casos, nacen consecuencias jurídicas reguladas por nuestro ordenamiento jurídicos y la mayoría de los del mundo.

Una concepción clara respecto al Derecho, nos permitirá ampliar la visión de este y extraerlo de la simple analogía, respecto a que se trata de un conjunto de leyes o normas escritas o no, la concepción de un Derecho como fenómeno social nos acerca a un concepto dinámico del mismo y a hermanar la ciencia jurídica con sus pares de las ciencias sociales. Esta aproximación, si optamos por ella, nos ayudará a comprender el estudio de la Historia del Derecho que llevaremos adelante, puesto que nos abrirá caminos entre la sociología, sicología, antropología y demás ciencias que aportarán detalles y elementos claves para entender el Derecho no solamente en la antigüedad, sino que también en nuestros días.

Formas de abordar el estudio.

Teniendo clara las conceptualizaciones podemos ahora adentrarnos a la forma respecto de cómo abordar el estudio de la Historia del Derecho.

De partida debemos tener presente que al abocarnos al estudio de nuestra cátedra debemos aliarnos con saberes apegados al estudio propiamente histórico y luego volcar nuestros conocimientos jurídicos en la construcción de la evolución de nuestro orden jurídico. Conforme a esto ese pasado que estudiaremos, por la obra que hace el historiador al investigarlo, se convierte en algo distinto de lo que en realidad fue. No podremos nunca conocer a ciencia cierta cómo vivieron las personas en el pasado en el mismo momento en que ocurrieron los hechos, sólo lo conocemos como se nos cuenta o como recordamos, lo que nos lleva a distinguir entre la realidad acontecida, o sea, los hechos y fenómenos sucedidos en un determinado tiempo, y la disciplina que se encarga de la elaboración, interpretación y enseñanza de estos hechos, esto es, la ciencia histórica.

Ambas situaciones son distintas, la realidad fue o es la materia prima de la que se nutre la historia, llamada como hemos dicho, “ciencia histórica”, pero que de ciencia no tiene mucho salvo una sola y única certeza, cual es no dar certeza de los hechos que enuncia y estudia, ya que nunca los conoció en primera persona y aunque los hubiese conocido, se trata de una interpretación subjetiva y humana, propensa a los errores, vacilaciones, azares y sentimientos que inundan una obra de esta índole.

Sin embargo, basándonos solamente en la historia, esta tiene dos formas de ser interpretada de forma muy general:

Teoría Clásica: Por medio de esta los hechos del pasado se interpretan desde la óptica y visión del presente, transportando el hecho pretérito al presente, no siguiendo con ello una lógica acorde con la trayectoria normal de los acontecimientos.

Teorías modernas: Mediante esta teoría se interpretan los hechos pasados en base al contexto y circunstancias de la realidad histórica estudiada sin contaminarla con las circunstancias propias del presente del investigador.

Entre las teorías o formas de estudiar la historia, es evidente que el investigador deberá optar por aquella que se acerque de mejor manera al pasado sin contaminar el hecho con sus propias circunstancias temporales, por lo que se recomienda el uso de la teoría moderna para analizar la historia.

En el caso propiamente tal de la Historia del Derecho, tenemos también dos formas de abordar su estudio:

Como Historia: Esta opción se basa en el estudio de la institución o de la norma de forma estática y aislada, tal como si le hubiésemos sacado una foto y de esa foto la estudiamos, sin tomar ningún factor concomitante o que influya en esta de forma externa. Por ejemplo: analizamos la ley de matrimonio civil de 10 de enero de 1884, conforme a esta teoría sólo tomaríamos la ley y la analizaríamos de la misma forma en que fue publicada en el Boletín de las Leyes de dicho año (16 de enero) sin nada más que analizar.

Como Ciencia Jurídica: En este caso basamos el estudio del Derecho como un elemento integrante y ordenador de la realidad social de un tiempo determinado, o sea tomamos en cuenta no sólo la normativa o la institución, sino que todo lo que la rodea. En el mismo caso de la ley de Matrimonio Civil de 1884, tomaremos no sólo la ley, sino que su génesis, el problema de las leyes laicas, la postura de la Iglesia Católica, el clima político imperante y las repercusiones sociales.

Bajo este criterio podremos generar una Teoría General del Derecho que abarcará no sólo los aspectos precisos y particulares de la norma, sino que toda la realidad social y cultural en que se presenta.

Fuentes tradicionales de la Historia del Derecho.

Para estudiar el devenir del derecho debemos atender a las fuentes de donde emana ese Derecho y entre estas encontramos las siguientes:

Textos legales. Fuente primaria y donde se alberga gran parte del derecho. Los primeros textos se hicieron en tallados en rocas (Código de Hamurabi), en tablillas de piedra (XII Tablas Romanas), en tablillas de arcilla, luego en pergaminos y finalmente papel y libros.

Doctrina de los autores. Se trata de los comentarios que hacen los estudiosos del Derecho en diversas épocas y que sirven de guía para interpretar las normas y la realidad jurídica que se trate.

Jurisprudencia. Se define como la doctrina o pensamiento que emana de los magistrados en los tribunales de justicia y que se manifiesta a través de las resoluciones firmes (sentencias) que se dan en los casos que conocen. Por medio de ella y de sus compilaciones en revistas y tratados podemos conocer como resuelven los tribunales en un momento determinado, cuales son los criterios de los magistrados y la forma de resolver los asuntos sometidos a su decisión.

Literatura histórica. Los historiadores a lo largo del tiempo al escribir sus relatos toman diversos pasajes de la vida humana y entre ellos las relaciones sociales y culturales en las cuales está involucrado el Derecho, definiendo a veces conceptos o desarrollando esquemas y estructuras de funcionamiento del aparato jurídico de que se trate. Un ejemplo son los textos de Alonso de Herrera y Tordesillas en sus famosas "Décadas de Herrera", donde junto con relatar las navegaciones, aventuras y eventos ocurridos en el mar océano y en las Indias occidentales hispanas, trata hechos tales como el tema de los "Justos Títulos", le dominio pontifical o el Regio Patronato Indiano.

Literatura tradicional. No sólo los historiadores al tratar de la humanidad y sus diversas facetas, nos narran hechos jurídicos o del mundo legal, también lo hacen los autores de novelas, poemas y obras teatrales, por ejemplo. El caso del Cantar del Mio Cid es interesante, ya que en este se reflejan varias instituciones medievales hispanas como la venganza privada, el riepto o los cojuradores. También y en el caso del Derecho Sajón, vemos en Hamlet las relaciones políticas entre la casta noble y escenas de figuras penales como el duelo.

Otras fuentes no tradicionales.

Fuera de las normas tradicionales tenemos otras que poco a poco se van abriendo camino como fuente para el estudio de la Historia del Derecho, estas son, por ejemplo:

Décimas y poesía popular. El Derecho es un constructo social y cultural, por ende, se encuentra en la generalidad de las relaciones humanas no distinguiendo clase o condición social, así como niveles educativos, intelectuales, etc. La poesía popular, en sus más diversas formas, se encuentra presente en toda comunidad especialmente la hispanoparlante, nutriéndose de las vivencias diarias y de los hechos cotidianos en los que, queramos o no, se desenvuelve el Derecho. Así de esta forma varias ediciones en verso de la Lira Popular, especie de periódico en décimas chileno, recoge hechos que tienen que ver con crímenes, juicios y sentencias de los tribunales, evidenciando de esta forma una visión de cómo se aplica el Derecho, especialmente a comienzos del siglo XX en nuestro país. Otro ejemplo en la poesía popular cantada lo encontramos en los versos populares del folklore chileno recogidos por Héctor Pavez en 1971 y grabados en disco, denominados "Cuando mi padre testó", el cual evidencia el ordenamiento y repartición de la masa hereditaria que hace un padre a su hijo en el campo nacional. Estos dos ejemplos son pruebas de cómo la tradición popular también interpreta y recoge el Derecho en un determinado momento y contexto social.

Periódicos. La prensa escrita, basada en el medio más inmediato como son los periódicos, son elementos esenciales para conocer cómo se vive el Derecho en un determinado momento y contexto social. Por ejemplo, en sus páginas podemos conocer como aprecia la comunidad

el sistema de penas coercitivas en hechos criminales, como son los procesos a que se someten personajes, la mayoría públicos y en la historia más certera, podemos seguir casos tan claves como el del "Chacal de Nahueltoro" o de Emilio Dubois a través de las reseñas en diarios locales y nacionales.

Archivos. Quizás una de las fuentes más directas para apreciar cómo se aplica el Derecho, son los archivos especialmente los judiciales, estos nos entregan una visión más completa que la sola jurisprudencia basada netamente en la decisión final del caso, muy por el contrario, los expedientes, las visitas de ministro, los oficios de los tribunales, entre otros, nos revelan el contexto, la dinámica del proceso de aplicación de la ley. En el caso de los archivos legislativos podemos conocer las presiones, las razones morales, los debates, discusiones y negociaciones para establecer una ley y los proyectos que quedan desechados, obteniendo de esta forma una visión global respecto a cómo se gesta, desarrolla y se aplica el Derecho en un determinado momento y lugar.

Sistemas Jurídicos más importantes.

En el mundo, actualmente tenemos dos grandes sistemas jurídicos, sin perjuicio de existir otros más que sólo nombraremos. Los más importantes son el llamado Derecho Continental y el Common Law. Junto a estos están los sistemas islámicos basados en las enseñanzas divinas del Corán y los orientales que tienen gran influencia de los valores morales y éticos propios de la comunidad en que se aplican.

Derecho Continental: Se le llama "Derecho Continental Europeo", "Sistema romano francés" o "Sistema romano germano francés"; cualquiera sea su nombre lo definiremos como el sistema jurídico derivado de aquél aplicado en Europa continental, cuyas raíces se encuentran en el Derecho romano, germano y canónico y en el pensamiento de la Ilustración, y que es utilizado en gran parte de los territorios europeos y en aquellos colonizados por éstos a lo largo de su historia, entre ellos América Central y Sur. Su principal característica es que la fuente primeria de su Derecho o sistema es la ley, antes que la jurisprudencia, y porque sus normas están contenidas en cuerpos legales unitarios, ordenados y sistematizados, hoy en día Códigos, pero antes en Recopilaciones o Compilaciones, técnica más antigua que las anteriores.

Este sistema se basa necesariamente en la existencia de la ley, la cual emana de la conjunción de funciones de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, dotándole a este producto de una legitimidad democrática en su formación, luego, una vez producidas, son aplicadas por el tercer Poder del Estado, el Judicial, quien tiene irrogada para sí exclusivamente esta función. Esta aplicación de parte de los tribunales genera en su conjunto, lo que conocemos como jurisprudencia, la cual, como fuente del Derecho, se limita al ámbito de interpretación de la normativa legal vigente, no pudiendo ser invocada como un mandato o fundamento principal en la decisión de tribunales superiores o inferiores, generando con esto un procedimiento rígido y basado en reglas precisas, también escritas en la ley, con valoraciones de prueba y una serie de requisitos claves y prudentes para llevar a cabo un proceso judicial apegado al sistema legalista imperante.

<u>Common Law:</u> Lo consideraremos como aquel sistema jurídico heredero del que se aplicó en la Inglaterra medieval y que hoy en día se utiliza en la mayoría de territorios que recibieron la influencia colonial británica: Inglaterra, Gales, Irlanda, Australia, Nueva Zelanda, Canadá (a excepción del derecho civil de Quebec), EE.UU. (a excepción de Luisiana), Hong Kong, India, Malasia, Singapur y Sudáfrica entre otros. Su principal característica es que predomina y es fuente principal de su ordenamiento la jurisprudencia antes que las leyes.

Este sistema se nos presenta como un sistema abierto, ya que supone un método que permite resolver cualquier cuestión que se plantee, en los casos que llegue este a instancia judiciales. Esta técnica propia del Derecho Anglosajón, no es una que se trate de interpretación de normas, sino que por el contrario a partir de las "legal rules" (soluciones legales) ya formuladas se propone descubrir la solución aplicable al caso concreto. Otra diferencia importante que encontramos en el derecho anglosajón es la existencia de instituciones legales que por tradición y evolución configuran principios de aplicación del derecho que distan del modelo continental; un ejemplo es la figura del "Trust", una institución que es resultante del desmembramiento de la propiedad diferente a la representación que utilizamos en el modelo continental de propiedad.